



Assemblée générale

Distr.: Générale
21 avril 2008*
Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante et unième session
New York, 16 juin-11 juillet 2008

Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa treizième session

(New York, 7-11 avril 2008)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-5	3
II. Organisation de la session	6-11	4
III. Délibérations et décisions	12-17	6
IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	18-138	7
A. Projets de dispositions visant à autoriser dans la Loi type l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.52, par. 5 à 40, A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1, par. 1 à 19, et A/CN.9/WG.I/WP.56, par. 2 à 17)	18-133	7
1. Types d'accords-cadres	18-23	7
2. Conditions d'utilisation des accords-cadres	24-54	8
3. Procédures d'utilisation des accords-cadres	55-133	14
B. Questions liées à l'utilisation de listes de fournisseurs (A/CN.9/WG.I/WP.45 et A/CN.9/WG.I/WP.45/Add.1)	134-136	30

* Le présent document a été soumis pour traduction moins de 10 semaines avant l'ouverture de la session de Commission en raison du temps nécessaire pour établir le rapport final après la clôture de la session du Groupe de travail le 11 avril 2008.



	C. Propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.58).....	137	31
	D. Propositions de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.59).....	138	32
Annexe	Calendrier et ordre du jour provisoires des quatorzième et quinzième sessions du Groupe de travail arrêtés à sa treizième session		33

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la “Commission”) a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d’élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la “Loi type”, A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a entamé l’élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). À cette session, il a décidé de continuer à ses prochaines sessions d’examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

2. De ses septième à douzième sessions (qui se sont tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne, du 24 au 28 avril 2006 à New York, du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne, du 21 au 25 mai 2007 à New York et du 3 au 7 septembre 2007 à Vienne) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623 et A/CN.9/640), le Groupe de travail a examiné des thèmes liés à l’utilisation des communications électroniques et de l’informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) l’utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation, y compris l’échange de communications par voie électronique, la soumission électronique des offres, l’ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de leur utilisation; b) les aspects de la publication d’informations relatives à la passation, y compris la possibilité d’étendre la portée actuelle de l’article 5 et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) les enchères électroniques inversées, y compris la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d’autres méthodes de passation ou comme une méthode à part entière, les critères de leur utilisation, les types de passations à couvrir et leurs aspects procéduraux. À sa douzième session, le Groupe de travail est parvenu à un accord préliminaire sur les projets de modifications qu’il serait nécessaire d’apporter à la Loi type et au Guide afin de tenir compte de l’utilisation des communications électroniques et de l’informatique (y compris des enchères électroniques inversées). À cette session, il a prié le secrétariat de revoir les projets de textes figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.54 et 55, en tenant compte de ses délibérations à sa douzième session, afin qu’il les examine à sa session suivante (A/CN.9/640, par. 14).

3. À ses septième, huitième, dixième, onzième et douzième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, y compris leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention de leurs conséquences négatives. À sa douzième session, il a examiné la question de savoir si l’entité adjudicatrice devrait expressément se réserver le droit de rejeter une offre anormalement basse en vertu de l’article 12 *bis* dans le dossier de sollicitation ou dans des documents équivalents. À cette session, il est convenu de modifier les alinéas a) et b) de l’article 12 *bis* afin de mieux expliciter le terme “offre anormalement basse” en mentionnant, à propos du prix, les éléments de l’offre qui pourraient susciter chez l’entité adjudicatrice des craintes quant à l’aptitude du fournisseur ou de l’entrepreneur à exécuter le marché (A/CN.9/640, par. 44 à 55).

4. À sa douzième session, le Groupe de travail a également procédé à un premier échange de vues sur la première partie de la proposition figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.56, traitant des accords-cadres. À cette session, il a estimé que les garanties de transparence et de concurrence devraient s'appliquer à toutes les étapes de la passation de marchés reposant sur des accords-cadres, y compris la deuxième au cours de laquelle le marché est attribué (A/CN.9/640, par. 93). Il a différé l'examen détaillé de ce document ainsi que des documents A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1 sur les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques et A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1 sur les listes de fournisseurs à une session ultérieure (A/CN.9/640, par. 13).

5. À ses trente-huitième, trente-neuvième et quarantième sessions, tenues en 2005, 2006 et 2007, respectivement, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans ses travaux et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à la prise en compte dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172, A/61/17, par. 192 et A/62/17 (première partie) par. 170). À sa trente-neuvième session, la Commission a recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). Conformément à cette recommandation, le Groupe de travail est convenu à sa dixième session d'ajouter la question des conflits d'intérêts à la liste des thèmes à examiner dans le cadre de la révision de la Loi type et du Guide (A/CN.9/615, par. 11). À sa quarantième session, la Commission a recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions, afin d'accélérer ses travaux (A/62/17 (première partie), par. 170).

II. Organisation de la session

6. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa treizième session à New York du 7 au 11 avril 2008. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Arménie, Autriche, Bélarus, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Guatemala, Honduras, Madagascar, Malaisie, Mexique, Namibie, Pakistan, Paraguay, République de Corée, Sénégal, Singapour, Thaïlande et Venezuela (République bolivarienne du).

7. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Angola, Côte d'Ivoire, Haïti, Koweït, Lituanie, Moldova, Nicaragua, Oman, Philippines, Roumanie, Saint-Siège, Slovénie, Suède, Turquie et Yémen.

8. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD);

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA), Organisation internationale de droit du développement (IDLO), Organisation

juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO) et Union européenne (UE);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail*: Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies (CILS), Chambre de commerce internationale (CCI), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICACIC) et International Law Institute (ILI).

9. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)¹

Rapporteuse: M^{me} Ligia GONZÁLEZ LOZANO (Mexique)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.57);

b) Propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.58);

c) Projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.59);

d) Note transmettant une proposition des États-Unis d'Amérique concernant les accords-cadres, les systèmes d'acquisition dynamiques et les mesures de lutte contre la corruption (A/CN.9/WG.I/WP.56) (l'examen en détail de cette note avait été reporté à une session ultérieure à la douzième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/640, par. 13));

e) Projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques dans la passation de marchés publics: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1) (l'examen en détail de cette note avait été reporté à une session ultérieure aux onzième et douzième sessions du Groupe de travail (voir A/CN.9/623, par. 12, et A/CN.9/640, par. 13)); et

f) Questions liées à l'utilisation de listes de fournisseurs et projets de textes: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1) (l'examen de la note en question avait été reporté à une session ultérieure lors des quatre précédentes sessions du Groupe de travail (voir A/CN.9/595, par. 9, A/CN.9/615, par. 10, A/CN.9/623, par. 12, et A/CN.9/640, par. 13)).

11. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.

¹ Élu à titre personnel.

5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

12. À sa treizième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type. Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat mentionnées au paragraphe 10 ci-dessus.

13. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de revoir les projets de textes figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1, ainsi que A/CN.9/WG.I/WP.56, en tenant compte de ses délibérations à sa treizième session, pour qu'il puisse les examiner à sa session suivante. Il est également convenu de combiner les deux approches proposées dans les documents, de sorte que, selon le cas, la Loi type traite ensemble les caractéristiques communes à tous les types d'accords-cadres, afin d'éviter notamment les redondances inutiles, et séparément les caractéristiques propres à chaque type d'accord.

14. Le Groupe de travail a également examiné la question des listes de fournisseurs, en se fondant sur un résumé de ses délibérations antérieures sur le sujet (A/CN.9/568, par. 55 à 68, A/CN.9/WG.I/WP.45 et A/CN.9/WG.I/WP.45/Add.1). Il a décidé que le sujet ne serait pas traité dans la Loi type, pour des raisons qui seront exposées dans le Guide pour l'incorporation.

15. Le Groupe de travail a examiné les projets de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses, et l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics, qui figurent dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.58 et A/CN.9/WG.I/WP.59, respectivement, et a proposé des modifications de ces textes.

16. Le Groupe de travail a pris note du contenu du document A/CN.9/WG.I/XIII/INF.2, United Nations Convention against corruption: implementing procurement-related aspects, et a noté qu'il constituerait une base pour évaluer les exigences législatives de la Convention, notamment en ce qui concerne le sujet des conflits d'intérêts.

17. Le Groupe de travail a rappelé les autres thèmes inscrits à son ordre du jour (énumérés à l'annexe du document A/CN.9/640) et a prié le Secrétariat de proposer un nouveau calendrier pour son approbation.

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. Projets de dispositions visant à autoriser dans la Loi type l'utilisation des accords-cadres dans la passation de marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.52, par. 5 à 40, A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1, par. 1 à 19, et A/CN.9/WG.I/WP.56, par. 2 à 17)

1. Types d'accords-cadres

18. Le Groupe de travail a entendu un exposé récapitulatif sur les types d'accords-cadres.

a) L'accord-cadre du "type 1", conclu avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et dans lequel les spécifications, les critères d'évaluation ainsi que toutes les conditions du marché sont fixés au cours de la première étape de la passation sans mise en concurrence lors de la deuxième étape. Cette dernière consistait donc à attribuer le marché sur la base des spécifications, des critères d'évaluation et de toutes les conditions ainsi fixés;

b) L'accord-cadre du "type 2", dans lequel certaines conditions du marché sont soumises à une nouvelle évaluation (remise en concurrence) au cours de la deuxième étape. Il a été observé que, dans certains systèmes, les critères d'évaluation étaient définitivement fixés lors de la première étape et que, dans d'autres, ces critères pouvaient être modifiés au cours de la deuxième étape. Ainsi, dans certains systèmes, l'accord-cadre de type 2 était conclu avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, et dans d'autres, il était toujours conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs;

c) L'accord-cadre du "type 3", conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs avec une mise en concurrence au cours de la deuxième étape, les conditions et les spécifications (et, dans certains systèmes, les critères d'évaluation) étant fixés à l'avance.

19. Il a été noté que, contrairement aux accords-cadres du type 1 et 2, qui étaient conclus entre des parties déterminées dès l'origine, l'accord-cadre du type 3 était ouvert et permettait à des fournisseurs ou des entrepreneurs d'en devenir partie à tout moment pendant son exécution.

20. D'un point de vue rédactionnel, le Groupe de travail a noté que la Loi type devrait traiter ensemble les caractéristiques communes à tous les types d'accords-cadres et séparément les caractéristiques propres à chaque type d'accord.

21. Il a été observé qu'il serait utile de pouvoir exécuter les accords-cadres de manière souple, en particulier ceux du type 2 et 3. Il a donc été suggéré de donner la possibilité de modifier les critères d'évaluation au cours de la deuxième étape de la mise en concurrence. À l'inverse, il a été dit que l'introduction de nouveaux critères d'évaluation à cette étape pourrait changer les conditions du marché et ouvrir la porte aux abus. Le Groupe de travail a noté qu'il ne recommandait pas le type

d'accords-cadres dans lequel les critères d'évaluation pouvaient être modifiés lors de la deuxième étape.

22. Il a été noté que la notion d'"évaluation" méritait clarification dans ce contexte. Le texte laissait de la souplesse puisque l'entité adjudicatrice pouvait préciser ses besoins au cours de la deuxième étape, par exemple pour ce qui est des délais de livraison, des besoins spécifiques en matière de formation, des modalités de facturation, de l'approbation de méthodes ou des mécanismes d'ajustement des prix, mais n'envisageait pas l'introduction de nouveaux critères d'évaluation en tant que tels. Il a aussi été observé que les directives de l'Union européenne ne permettaient pas d'apporter des modifications substantielles aux critères d'évaluation et aux spécifications lors de la deuxième étape, mais uniquement des ajustements mineurs. En outre, selon un avis, comme les accords-cadres du type 1 et 2 étaient fermés, ils ne pouvaient être conclus qu'après une évaluation complète des soumissions. Il a été convenu de revenir sur cette question lorsque le Groupe de travail examinerait le texte de l'article 22 *ter* (voir par. ... plus loin).

23. En ce qui concerne la modification de la définition de l'"entité adjudicatrice" pour permettre une multiplicité d'acheteurs, il a été convenu (eu égard aux propositions de modification des définitions de l'"entité adjudicatrice" présentées dans le paragraphe 11 du document A/CN.9/WG.I/WP.52) que ces questions ne devraient pas être traitées dans la Loi type mais dans le Guide pour l'incorporation (puisqu'elles relèvent du droit national). L'utilisation de plusieurs accords-cadres serait aussi abordée dans le Guide.

2. Conditions d'utilisation des accords-cadres

Types d'accords-cadres et conditions de leur utilisation: article [22 ter]

24. Selon un avis, des conditions d'utilisation expresses seraient utiles, qu'elles puissent ou non être légalement mises à exécution (il appartiendra à chaque État adoptant d'en décider), car elles renforceraient la transparence et favoriseraient les bonnes pratiques. Il a aussi été estimé que de telles conditions encourageraient les centrales d'achat et les entités adjudicatrices, qui risqueraient sinon de conclure des accords-cadres pour les mauvaises raisons, à adopter des comportements appropriés.

25. Il a été observé à l'inverse que le traitement des conditions d'utilisation se justifiait par les risques d'abus dans l'exécution des accords-cadres, les entités adjudicatrices pouvant s'en servir de manière abusive pour restreindre la concurrence. Il a été ajouté que la manière correcte de régler ce problème serait de limiter la durée des accords. En outre, la concurrence pouvait être restreinte dans toutes les procédures de passation, en particulier dans le cas des marchés importants et à long terme, mais elle n'était pas régie par des conditions d'utilisation équivalentes dans le reste de la Loi type. Il a été dit qu'il ne serait donc pas justifié de subordonner l'utilisation des accords-cadres à des conditions autres que des limites de durée.

26. Selon un autre avis, même si les conditions d'utilisation étaient en principe utiles, seule l'efficacité administrative devrait figurer dans les conditions proposées car les autres, comme les économies d'échelle et la sécurité de l'approvisionnement, concernent tout autant d'autres méthodes de passation, et il serait très difficile de définir d'autres conditions appropriées. Il a été observé en outre que les critères pourraient s'exclure mutuellement si, par exemple, l'objectif était d'assurer

l'approvisionnement pour d'éventuels achats ponctuels et non de conclure des accords-cadres pour des achats réguliers ou périodiques à des fins d'efficacité administrative, et que certains accords-cadres pourraient être appropriés même sans ces conditions.

27. Il a également été proposé d'exiger que l'on justifie le recours à un accord-cadre. Cette disposition pourrait être facultative et placée entre crochets afin que les États puissent décider de l'adopter ou non. Elle pourrait mentionner expressément que le recours à un accord-cadre se justifie pour des raisons économiques sans pour autant exposer ces raisons. Elle pourrait aussi consister à imposer à l'entité adjudicatrice l'obligation "d'indiquer dans le procès-verbal prévu à l'article 11 de la Loi type les raisons et les circonstances qui l'ont amenée à" recourir à un accord-cadre pour passer le marché. On pourrait aussi traiter la question des critères de justification dans le Guide pour l'incorporation, en précisant que les États adoptants devraient adopter une réglementation concernant ces critères. Il a toutefois été rappelé qu'aucun consensus ne s'était dégagé sur le point de savoir si ces critères étaient appropriés et que le fait de traiter cette question dans le Guide ne serait pas une bonne solution.

28. En outre, on a fait observer que si les conditions d'utilisation n'étaient pas énoncées dans la Loi type proprement dite, les dispositions relatives à la justification ne présenteraient guère d'intérêt et rendraient difficiles les recours contre les décisions concernées. On a également déclaré qu'il serait inopportun de fonder un recours sur des critères subjectifs susceptibles de donner lieu eux-mêmes à des recours ou à des contestations.

29. On a fait observer par ailleurs que les États adoptants pourraient appliquer la Loi type de différentes façons, de sorte que se pose la question de savoir si les décisions de recourir à des accords-cadres seraient exclues des procédures de recours. Il faudrait donc, a-t-on déclaré, laisser une marge de manœuvre aux États adoptants pour ce qui est des conditions d'utilisation.

30. On a également estimé que des instructions relatives à l'utilisation d'une technique de passation de marché présentaient, à la différence de dispositions en limitant l'emploi, un caractère didactique et non législatif, et devraient figurer dans le Guide pour l'incorporation plutôt que dans le texte de la Loi type. Certaines délégations ont fait observer que les États adoptants, qui avaient déjà pris des dispositions en vue du recours à des accords-cadres, avaient décidé pour ces raisons de ne pas fixer de conditions d'utilisation.

31. Il a été convenu qu'il serait nécessaire de faire figurer un texte explicatif détaillé dans le Guide pour l'incorporation et notamment de préciser que, s'il y avait un risque élevé d'abus dans un État adoptant particulier, celui-ci pourrait envisager d'ajouter des dispositions législatives concernant les conditions d'utilisation. Il a également été dit que cette solution permettrait d'éviter des conséquences fâcheuses si l'on omettait d'autres conditions d'utilisation pertinentes dans le texte de la Loi type.

32. On a aussi indiqué que les accords-cadres avaient généralement pour objet des achats périodiques ou répétés (bien qu'il soit difficile de définir ces termes), et que cela devrait être mentionné dans les dispositions. On a fait observer en revanche que les accords-cadres pouvaient également être utilisés pour empêcher une pratique largement attestée, à savoir le recours abusif à certaines méthodes de passation

telles que la sollicitation d'une source unique en cas d'urgence, et que le caractère répété des achats ne devait donc pas être une exigence absolue.

33. On a ensuite examiné la question de savoir si, dans les conditions d'utilisation, il fallait, pour faire face au risque que les accords-cadres ne restreignent la concurrence, imposer des procédures ouvertes lorsque le recours à d'autres méthodes ne se justifie pas, comme pour tous les marchés passés en application de la Loi type, ou préciser que, pour les accords-cadres, seules les méthodes de passation indiquées pouvaient être utilisées.

34. Selon une opinion, il ne faudrait recourir que de façon exceptionnelle à des méthodes de passation non ouvertes lors de la première phase d'une procédure de passation pour laquelle on fait appel à des accords-cadres. Dans les cas où le recours à des méthodes de passation applicables à des marchés complexes se justifie (par exemple lorsque l'entité adjudicatrice n'a pas été en mesure d'établir un cahier des charges suffisamment précis), il est généralement exclu que l'on puisse utiliser de façon appropriée des accords-cadres. Cependant, on a fait observer qu'il était courant de faire jouer la concurrence ou de recourir à des procédures similaires pour conclure des accords-cadres.

35. Il a été convenu que le Guide pour l'incorporation devrait souligner que le fait de passer des marchés au moyen d'accords-cadres risquait de nuire à la concurrence et qu'il était souhaitable d'assurer une concurrence sans restriction et si possible ouverte, mais que le recours à quelque méthode de passation que ce soit pour conclure un accord-cadre ne serait pas interdit a priori.

36. Il a également été convenu que le Guide traiterait la question des accords-cadres parallèles et des marchés passés en dehors d'un accord-cadre afin de donner des indications sur les avantages économiques des accords-cadres.

37. On a signalé par ailleurs que, dans les cas où il ne pouvait être fait appel qu'à un seul fournisseur en raison de la nature du marché considéré, un accord-cadre était parfois conclu avec ce fournisseur. On a déclaré que les avantages de ce type d'accord-cadre et les problèmes qu'il soulevait devraient être traités dans le Guide pour l'incorporation.

38. Il a également été rappelé que des valeurs globales maximum et minimum ou des valeurs estimatives pourraient être exigées pour chaque accord-cadre, ou que le dossier de sollicitation ou son équivalent pourrait indiquer des valeurs minimum, maximum ou estimatives et autoriser l'entité adjudicatrice à fixer des valeurs maximales différentes en fonction de la nature et de l'obsolescence éventuelle des articles faisant l'objet du marché. Il a été convenu que ces questions, y compris l'incidence des ressources budgétaires sur l'utilisation efficace des accords-cadres, devraient être examinées en détail dans le Guide pour l'incorporation.

39. On a estimé que les accords-cadres convenaient pour des marchés standardisés tels que certains marchés de travaux et de services ainsi que les marchés de biens. La Loi type devrait donc autoriser le recours à ces accords pour tous les types de marchés, en précisant la nature de ceux pour lesquels ils conviendraient.

40. En ce qui concerne la durée maximale d'un accord-cadre, la Loi type devrait, selon une opinion, indiquer que celle-ci doit être limitée, mais il faudrait laisser le soin à l'État adoptant de fixer cette durée, des indications appropriées étant fournies dans le Guide pour l'incorporation (compte tenu également de la nature des articles

à acheter et de l'évolution du marché, qui pourrait justifier une durée plus courte ou plus longue). L'entité adjudicatrice aurait donc une certaine marge de manœuvre.

41. En revanche, on a fait observer que, dans la pratique, les entités adjudicatrices essayaient généralement de conclure des accords-cadres pour une durée aussi longue que possible, ce qui avait pour effet de limiter la concurrence pour une partie importante des marchés. On a souligné que cette disposition n'avait pas pour objet de réduire la souplesse mais d'empêcher, en fixant une limite maximale sans pour autant recommander de durée, que les accords-cadres n'aient une période de validité excessive. Il était nécessaire de trouver un équilibre entre l'efficacité administrative que permettaient d'obtenir des accords plus longs et la nécessité de garantir une véritable concurrence, sachant que celle-ci ne jouerait pas pendant la durée de l'accord-cadre. Une limite de durée explicite devrait donc être fixée dans la Loi type proprement dite, et elle devrait apparaître dans les premières dispositions.

42. La limite de quatre ans figurant dans les directives de l'Union européenne a bénéficié d'un certain appui car elle a été jugée raisonnable (malgré l'absence de raisons objectives pour la justifier) étant donné qu'il faut normalement six à sept mois pour mener à bien une procédure d'appel d'offres. On s'est également déclaré favorable à une disposition stricte concernant la durée, qui ne devrait pas être ouverte aux exceptions et dont les justifications devraient être exposées en détail dans le Guide pour l'incorporation. À cet égard, il conviendrait de souligner que le fait de limiter la durée donne à l'entité adjudicatrice la possibilité de négocier de nouveaux prix, de nouvelles technologies et de nouvelles solutions à l'expiration de l'accord-cadre, ainsi que de faire jouer périodiquement la concurrence et d'éviter que la situation de monopole ou d'oligopole des fournisseurs ou des entrepreneurs ne se perpétue.

43. Il a été observé que, dans le contexte des accords-cadres, les litiges relatifs à la passation des marchés portaient relativement souvent sur la prolongation d'un accord au-delà de la durée autorisée, ou sur les dérogations à cette durée, et que les risques d'avoir des accords-cadres excessivement longs étaient donc réels. Des accords plus longs, a-t-on dit, comportaient également le risque qu'une relation inappropriée ne s'instaure entre le fournisseur et l'entité adjudicatrice. Il a toutefois été convenu qu'il était difficile de fixer dans la Loi type elle-même une durée maximale applicable à l'ensemble des États adoptants.

44. Il a donc été convenu que le texte ne fixerait pas de durée maximale mais prévoirait l'obligation de fixer une telle durée, en laissant à chaque État adoptant le soin de l'établir en fonction des circonstances locales. Le Guide pour l'incorporation expliquerait en outre quelle serait la durée maximale appropriée, à savoir une durée comprise entre trois et cinq ans, et donnerait des orientations supplémentaires aux États adoptants, en se fondant sur les points exposés précédemment et sur des concepts comme les crédits budgétaires et le type de marché concerné. Il exposerait également l'utilité d'une durée maximale afin de prévenir les tentatives de justification d'accords-cadres excessivement longs.

45. En outre, le texte même de la Loi type ne prévoirait pas d'exceptions à la durée maximale et ne traiterait pas non plus de la question de la prolongation des accords-cadres conclus. Toutefois, le Guide devrait aborder ces questions en notant que la prolongation des accords ou les dérogations à leur durée maximale ne devraient pas être autorisées en l'absence de circonstances exceptionnelles, qu'une

telle prolongation devrait être de courte durée, et que des orientations devraient également être fournies pour éviter le problème des longs marchés ou commandes passés peu de temps avant l'expiration de l'accord-cadre lui-même.

46. En ce qui concerne l'autorisation d'utiliser des accords-cadres dans la passation de marchés de travaux et de services, il a été noté que l'objectif des dispositions était de permettre une passation appropriée de ce type de marchés grâce aux accords-cadres, mais d'exclure en pratique, par l'utilisation de spécifications et de critères d'évaluation fixés à l'avance, la passation de marchés de travaux et de services complexes. Il a aussi été fait observer que la Loi type pourrait faire expressément référence à la passation "standardisée". Il a toutefois été estimé que le fait de parler, dans le Guide, par exemple de passations de marchés de biens standard d'usage courant, de services simples et récurrents et de petits travaux de maintenance et de réparation permettrait de traiter cette question de façon adéquate.

47. Rappelant que l'entité adjudicatrice avait comme objectif principal de conclure un marché à un prix fixe, il a été observé que les accords-cadres pourraient avoir pour effet de favoriser la fixation du prix en fonction d'un taux horaire, ce qui aurait des répercussions négatives sur les coûts à long terme. En insistant sur le caractère récurrent des besoins, a-t-on dit, on pourrait atténuer ce risque et encourager la fixation du prix par tâche ou par projet.

48. On a souligné les risques d'une approche excessivement étroite en matière de spécifications, par exemple dans la passation de marchés de haute technologie, où les spécifications appropriées pourraient évoluer dans le temps. La nécessité d'adopter une approche fonctionnelle pour la rédaction des spécifications serait par conséquent recommandée dans le Guide.

49. Il a été demandé si les accords-cadres du type 3 devraient nécessairement fonctionner électroniquement (comme les Directives européennes l'exigeaient pour les systèmes d'acquisition dynamiques). Il a été dit au Groupe de travail que, dans certains pays, des systèmes équivalents ne fonctionnaient pas toujours de cette manière. En conséquence, il a été convenu que la référence au fonctionnement électronique obligatoire devrait être supprimée. Il a aussi été fait observer que les accords-cadres du type 1 et 2 pourraient fonctionner électroniquement sans qu'il soit besoin de le mentionner expressément dans le texte compte tenu de la suppression de la référence équivalente pour les accords du type 3. Le Guide expliquerait que tous les accords-cadres pourraient fonctionner soit de manière traditionnelle, dans un environnement papier, soit électroniquement, et que la transparence du fonctionnement serait capitale.

50. Il a été noté que les accords-cadres fermés devraient toujours être précédés par des procédures de mise en concurrence (à moins que les conditions pour la sollicitation d'une source unique soient réunies), mais que les accords-cadres ouverts devaient être conclus à la suite de procédures pleinement ouvertes, comme le prévoit l'article 51 *undecies*. Il a été convenu qu'il n'était pas nécessaire d'introduire de nouvelles dispositions de fond dans l'article 22 *ter* pour imposer une mise en concurrence.

51. En ce qui concerne la disposition selon laquelle un accord-cadre n'était pas un marché au sens de la Loi type, il a été rappelé que le Guide pour l'incorporation devrait signaler que les effets juridiques des accords-cadres dépendaient du droit national et des systèmes juridiques et qu'il appartenait aux États adoptants de les

définir. Les mesures de protection et les procédures de la Loi type continueraient à s'appliquer jusqu'à la passation des commandes en vertu d'un accord-cadre si l'on prévoyait que les commandes constituaient des marchés. Le libellé de la disposition serait toutefois modifié. En outre, l'avis a été émis qu'un renvoi aux exigences de l'article 51 devrait être introduit dans le Guide pour l'incorporation afin de rappeler aux entités adjudicatrices que les exigences normales en matière de publication, de mise en concurrence et de transparence s'appliquaient également aux accords-cadres.

52. Le Groupe de travail a décidé qu'il réexaminerait à une date ultérieure la question de savoir si cette disposition devrait figurer dans l'article 22 *ter* ou comme définition dans l'article 2 de la Loi type. Dans l'un ou l'autre cas, une explication détaillée serait incluse dans le Guide.

53. Il a été demandé si un accord-cadre ouvert pourrait avoir force obligatoire à l'égard des parties ultérieures. Il a été fait observer en réponse que ces parties seraient liées par l'accord initial par le biais du mécanisme d'adhésion, et qu'il appartiendrait à chaque État adoptant de s'assurer que le mécanisme fonctionnait correctement dans son propre système juridique.

54. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses délibérations sur la base du texte suivant:

“Article 22 *ter*. Types d'accords-cadres et conditions de leur utilisation

1. [à insérer dans l'article 22 *ter* ou dans l'article 2] Un accord-cadre est une passation de marché qui se déroule en deux étapes: une première pour la sélection du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) devant être partie(s) à l'accord-cadre, et une deuxième pour l'attribution des marchés au titre de l'accord-cadre conformément aux procédures énoncées dans [la section/le chapitre**]. Un accord-cadre n'est pas un marché au sens de l'article 2 g) de la présente Loi. Les commandes passées en vertu d'un accord-cadre sont des marchés au sens de cet article.

2. L'accord-cadre énonce les conditions sous lesquelles le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) doi(ven)t fournir les biens, travaux ou services, ainsi que les procédures d'attribution des marchés au titre de l'accord-cadre.

3. L'accord-cadre est conclu pour une durée déterminée, qui ne doit pas dépasser [l'État adoptant fixe une durée maximale] années.

4. L'entité adjudicatrice peut conclure un accord-cadre avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, conformément aux articles [51 *octies* à 51 *sedecies*]:

a) Lorsqu'elle a l'intention de se procurer les biens, travaux ou services concernés de manière récurrente pendant la durée de l'accord-cadre; ou

b) Lorsqu'elle prévoit que, de par leur nature, les biens, travaux ou services requis seront nécessaires de façon urgente pendant la durée de l'accord-cadre.

5. Les types d'accords-cadres sont les suivants:

a) L'accord-cadre fermé, conclu avec un ou plusieurs entrepreneurs ou fournisseurs, sans mise en concurrence lors de la deuxième étape;

b) L'accord-cadre fermé, conclu avec plusieurs fournisseurs, avec mise en concurrence lors de la deuxième étape;

c) L'accord-cadre ouvert, conclu avec plusieurs fournisseurs, avec mise en concurrence lors de la deuxième étape.

6. Un accord-cadre fermé est un accord auquel aucun fournisseur ou entrepreneur qui n'y est pas initialement partie ne peut devenir partie ultérieurement.

7. Un accord-cadre ouvert est un accord auquel, en plus des parties initiales, un (ou plusieurs) fournisseur(s) ou entrepreneur(s), peuv(en)t ultérieurement devenir partie(s).

8. L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal exigé à l'article 11 de la présente Loi les motifs et les circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour procéder à la passation au moyen du mécanisme de l'accord-cadre."

3. Procédures d'utilisation des accords-cadres

Article [51 octies]. Procédures de conclusion d'un accord-cadre

55. Le Groupe de travail a examiné la proposition de disposition suivante:

"Article [51 octies]. Procédures de conclusion d'un accord-cadre

1. Lorsque l'entité adjudicatrice a l'intention de conclure un accord-cadre:

a) Elle choisit le type d'accord-cadre devant être conclu parmi les types énoncés à l'article 22 *ter*;

b) Sous réserve des dispositions de l'article [...] ci-dessous, et afin de sélectionner le(s) fournisseur(s) et entrepreneur(s) devant être partie(s) à l'accord-cadre, elle choisit une méthode de passation pour la sollicitation d'offres, de propositions ou de prix (regroupés sous le terme générique de "soumissions" dans la présente section).

2. L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal exigé à l'article 11 de la présente Loi les motifs et les circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour choisir le type d'accord-cadre spécifié à l'article 22 *ter*."

56. S'agissant du paragraphe 1 b), il a été noté que son libellé permettait à l'entité adjudicatrice d'utiliser n'importe quelle méthode de passation pour sélectionner les fournisseurs qui seraient parties à l'accord-cadre, comme le Groupe de travail en était convenu, sous réserve de justifier le recours à certaines méthodes ainsi que l'exigeait l'article 18. Il faudrait donc, a-t-on noté, renvoyer expressément à cet article.

57. En ce qui concerne le paragraphe 2, il a été rappelé que l'article 22 *ter* traiterait des critères servant à justifier le recours au mécanisme de l'accord-cadre. La disposition proposée dans le paragraphe 2 introduirait un élément de justification supplémentaire, fondé non pas sur des critères législatifs mais sur des critères techniques. On a noté également qu'il serait difficile de définir les critères

permettant d'apprécier la justification. Il a donc été proposé de supprimer le paragraphe 2 de la proposition de texte.

58. Selon un autre avis, le paragraphe 2 devait être inséré pour plusieurs raisons, en ce qu'il serait bon, à des fins de transparence et de contrôle, d'exiger des entités adjudicatrices qu'elles consignent leurs décisions dans le procès-verbal requis par l'article 11 de la Loi type, de manière à ne pas faciliter la justification des décisions après coup dans le processus de passation. Il a été rappelé que l'article 11 visait à faciliter le contrôle et les recours et que certaines informations étaient rendues publiques dans ce but. On est convenu qu'il conviendrait d'utiliser les informations sur le choix du type d'accord-cadre à des fins internes seulement et non pour les recours. Il a donc été convenu de conserver le paragraphe 2, sous réserve toutefois de savoir si le choix du type d'accord-cadre serait susceptible de recours par la suite.

Informations à fournir lorsque la participation à une passation de marchés reposant sur des accords-cadres est sollicitée pour la première fois: Article [51 novies]

59. Le Groupe de travail a examiné la proposition de dispositions suivante:

“Article [51 *novies*]. Informations à fournir lorsque la participation à une procédure d'accord-cadre est sollicitée pour la première fois

Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marchés reposant sur des accords-cadres, l'entité adjudicatrice fournit tous les éléments d'information requis pour la méthode de passation retenue en vertu de la présente Loi, sauf disposition contraire dans le présent article, ainsi que les éléments ci-après:

a) Une mention signalant l'utilisation d'un accord-cadre pour la passation ainsi que le type d'accord-cadre devant être conclu et précisant si ce dernier prendra la forme d'un accord séparé avec chaque fournisseur ou entrepreneur ou d'un accord unique entre toutes les parties;

b) La quantité totale, la nature, ainsi que les lieux et délais souhaités pour la livraison des achats envisagés dans l'accord-cadre, pour autant qu'ils soient connus à cette étape de la passation;

c) Si les fournisseurs ou entrepreneurs seront autorisés à soumettre des offres ne portant que sur une partie des biens, travaux, ou services requis, une description de la partie ou des parties pour lesquelles des offres peuvent être soumises;

d) Une mention indiquant si l'accord-cadre sera conclu avec un seul fournisseur ou entrepreneur ou avec plusieurs, et, dans ce dernier cas, le nombre ou le nombre minimum et/ou maximum de fournisseurs ou d'entrepreneurs devant être parties à l'accord-cadre;

e) Les critères dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour sélectionner le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) devant être partie(s) à l'accord-cadre, y compris le coefficient de pondération de ces critères et la façon dont ils seront appliqués pour la sélection;

f) Si l'entité adjudicatrice a l'intention de conclure un accord-cadre avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, une mention précisant que les

fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre seront classés selon les critères de sélection spécifiés;

g) Les conditions de l'accord-cadre sous lesquelles le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) doi(ven)t fournir les biens, les travaux ou les services, y compris la durée de l'accord-cadre;

h) Une mention précisant si un accord-cadre écrit sera exigé [et le mode d'entrée en vigueur de l'accord-cadre];

i) Dans le cas des accords-cadres fermés, une mention précisant si la sélection du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec le(s)quel(s) elle conclura l'accord-cadre sera fondée sur la soumission au prix le plus bas ou sur la soumission la plus basse selon l'évaluation;

j) La procédure d'attribution des marchés au titre de l'accord-cadre;

k) Si l'entité adjudicatrice a l'intention de conclure un accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, les critères pour sélectionner le fournisseur ou l'entrepreneur auquel le marché sera attribué, leur coefficient de pondération, la façon dont ils seront appliqués pour l'évaluation des soumissions, ainsi qu'une mention précisant si l'attribution du marché sera fondée sur la soumission au prix le plus bas ou sur la soumission la plus basse selon l'évaluation; et

l) Si une enchère électronique inversée aura lieu pour l'attribution du marché au titre d'un accord-cadre avec mise en concurrence lors de la deuxième étape, les informations mentionnées à l'article [renvoi aux dispositions pertinentes sur les enchères électroniques inversées].”

60. En ce qui concerne l'alinéa a), il a été demandé si un accord commun avec tous les fournisseurs devrait être exigé ou si un accord séparé avec chacun d'eux devrait être permis et si, dans l'affirmative, le dossier de sollicitation devrait préciser ce point.

61. On a fait observer que les accords séparés présentaient des avantages du fait, par exemple, qu'il était possible de prévoir des conditions légèrement différentes et de protéger des droits de propriété intellectuelle ou des informations confidentielles, afin de tenir compte d'accords-cadres conclus avec des fournisseurs ayant présenté une offre pour une partie seulement du marché et de se prémunir contre l'effondrement de l'ensemble de l'accord-cadre en cas de résolution de l'accord conclu avec un fournisseur. On a déclaré que la conclusion d'accords séparés serait possible dans certains pays, mais pas nécessairement dans tous. On a aussi fait remarquer que la forme de l'accord ne devrait pas involontairement faire naître des droits entre fournisseurs et entrepreneurs.

62. Il importerait, a-t-on ajouté, que les fournisseurs et les entrepreneurs sachent que des éléments, tels que les droits de propriété intellectuelle et les informations confidentielles, pourraient être pris en compte individuellement et que ce point devrait figurer dans le dossier de sollicitation.

63. D'un autre côté, a-t-on déclaré, la conclusion d'accords séparés irait à l'encontre du principe d'égalité de traitement prévu dans le préambule de la Loi type. Ce principe, a-t-on souligné, importerait tout particulièrement dans les

accords-cadres du type 3. Il a été convenu de modifier la disposition afin que le Groupe de travail l'examine de nouveau à une date ultérieure.

64. S'agissant de l'alinéa b), il a été déclaré que l'entité adjudicatrice devrait donner autant d'informations que possible aux fournisseurs ou aux entrepreneurs. On a cependant relevé que les éléments requis à l'alinéa g) engloberaient ceux exigés à l'alinéa b) et que ce dernier devrait de ce fait être supprimé. Il faudrait en outre donner des détails dans le Guide sur les informations à fournir.

65. Pour ce qui est de l'alinéa d), il a été convenu que l'obligation d'indiquer le nombre minimum et le nombre maximum de parties à l'accord-cadre contribuerait à garantir la concurrence mais que le libellé devrait être clarifié. Le Guide pour l'incorporation traiterait également de la question de savoir ce qu'il adviendrait si ce nombre devait être modifié durant une procédure particulière de passation.

66. Il a été demandé si le premier élément de l'alinéa h) (à savoir l'accord écrit) était nécessaire. On a déclaré qu'il ne serait pas souhaitable de laisser entendre qu'un accord verbal serait possible. Il a été convenu que l'accord-cadre serait défini comme un accord écrit (à l'article 2 ou 22 *ter*, voir par.51 à 54 ci-dessus). En ce qui concerne le second élément de l'alinéa (à savoir le mode d'entrée en vigueur de l'accord-cadre), il a été décidé de le conserver en attendant que le Groupe de travail révise les articles 13 et 36 de la Loi type.

67. Par ailleurs, il a été demandé si l'alinéa i) était nécessaire, compte tenu de l'alinéa e). Il a été convenu de compléter ce dernier, pour y exiger la communication préalable des critères de sélection, et de fournir des explications appropriées dans le Guide pour l'incorporation. Il faudrait clarifier les notions de critères de sélection et de détermination de l'offre à retenir et examiner l'emploi, dans le contexte des accords-cadres, des termes "prix le plus bas" ou "offre la plus basse selon l'évaluation" figurant dans la Loi type.

68. On a rappelé que les accords-cadres reposaient sur la sélection, dans une première étape, des fournisseurs et entrepreneurs qui seraient parties à l'accord et, dans une deuxième étape, sur l'évaluation ou la sélection pour l'attribution du marché. Étant donné que l'alinéa k) traiterait de la deuxième étape dans les accords du type 2 et 3, il a été convenu d'insérer un nouvel alinéa pour les critères d'attribution des marchés dans les accords-cadres du type 1. Il a également été convenu que toutes ces informations devraient être consignées dans l'accord-cadre lui-même et qu'une disposition serait prévue à cet effet.

69. Pour ce qui est de l'alinéa j), on a fait observer que les détails de la procédure d'attribution devraient être traités dans l'accord-cadre et dans le dossier de sollicitation.

70. S'agissant de l'alinéa k), et de la notion de "coefficient de pondération", il a été demandé si le coefficient de pondération qui serait appliqué pendant la deuxième étape pourrait être établi lors de la première. D'un côté, il a été dit qu'il risquait d'être difficile d'établir ce coefficient en raison de la possibilité pour plusieurs acheteurs d'utiliser un accord-cadre et de la durée de ce dernier (3 à 5 ans). De l'autre, on a déclaré qu'il serait essentiel, pour des raisons de transparence, de définir les critères d'attribution à l'avance, et pour tous les marchés, car la souplesse offerte pendant la deuxième étape pouvait permettre d'utiliser l'accord-cadre de manière abusive dans le but de favoriser certains fournisseurs par exemple.

71. À propos de l'alinéa k), on a fait observer que différents acheteurs ou entités adjudicatrices parties à un accord-cadre souhaiteront peut-être, lors de l'application des critères de sélection au cours de la deuxième étape, utiliser différents facteurs de pondération tels que l'expérience des fournisseurs ou la qualité. On a ajouté qu'ils auraient l'obligation d'assurer l'égalité de traitement de tous les fournisseurs, que l'exécution de cette obligation pouvait être obtenue par décision de justice dans de nombreux ordres juridiques, que les coefficients de pondération seraient fixés au début de chaque deuxième étape et donc que la procédure devrait être transparente et objective. Il a été dit en outre que le fait d'exiger que tous les utilisateurs d'un accord-cadre aient un besoin commun entraînerait une prolifération d'accords-cadres parallèles, ce qui irait à l'encontre de l'objectif d'efficacité administrative qui constituait la raison d'être de ce type d'accord. On a ajouté que l'on obtiendrait le maximum d'efficacité en permettant à l'utilisateur final de définir ses besoins et ses critères d'évaluation peu de temps avant de procéder à l'achat.

72. On a cité comme exemple concret le fait que les critères écologiques appliqués à l'achat des véhicules pouvaient varier d'un ministère à l'autre au sein d'un même gouvernement. On s'est demandé si les décisions de principe régissant ces critères ne risquaient pas de masquer des critères de sélection inappropriés fondés par exemple sur l'existence de liens entre les entités adjudicatrices et les fournisseurs.

73. On a fait observer que, comme l'expérience l'avait montré, les centrales d'achat essayaient de fixer des critères étendus et vagues lors de la première étape, sans chercher à déterminer les besoins réels des entités adjudicatrices faisant appel à leurs services, afin de recourir au maximum à des accords-cadres. Il y aurait des avantages à les obliger à fixer des critères de sélection lors de la première étape, mais définir des coefficients de pondération dès cette étape nuirait à une bonne répartition des ressources, et on a rappelé à ce propos que l'entité adjudicatrice n'aurait probablement pas à ce stade une connaissance parfaite des coefficients de pondération appropriés à appliquer.

74. Il a été jugé très important de faire appel à la concurrence lors de la deuxième étape. Il a été dit qu'un dialogue avec les fournisseurs au cours de cette étape permettrait de définir des coefficients de pondération appropriés et de garantir une réelle concurrence. En ce qui concerne les accords-cadres du type 3, il a été précisé qu'il n'y aurait aucune concurrence réelle sur les prix au cours de la première étape puisqu'il s'agirait d'accords ouverts. Le Guide pour l'incorporation devrait donc souligner l'importance d'une concurrence véritable sur les prix au cours de la deuxième étape et la nécessité de veiller à ce que cette deuxième étape donne lieu à une véritable mise en concurrence. Si les coefficients de pondération étaient fixés au cours de la première étape, a-t-on ajouté, on pourrait aboutir à une rigidité telle qu'il n'y aurait plus qu'un seul fournisseur lors de la deuxième étape.

75. À l'opposé, tout en notant qu'une certaine souplesse était nécessaire, on a fait observer que dans les ordres juridiques où les mesures de contrôle et de protection étaient insuffisantes, le risque de manipulation des coefficients de pondération afin de fixer à l'avance le résultat de la deuxième étape était important et rendrait inopérantes les procédures ouvertes et concurrentielles de la première étape. Ce risque serait élevé en raison de la nature répétée des achats effectués conformément aux accords-cadres et aussi parce que ces accords auraient une durée de deux à cinq ans. On a dit que de tels abus avaient déjà été constatés et que ce risque était donc bien réel.

76. On a fait remarquer en outre que l'article 9-1 b) de la Convention des Nations Unies contre la corruption exige que les critères de sélection et d'attribution soient établis et publiés à l'avance et on s'est demandé si toute adaptation des critères de pondération au cours de la deuxième étape ne serait pas incompatible avec ces exigences. On a indiqué en outre qu'une telle adaptation présenterait inévitablement un risque de manipulation, même si la loi disposait que toute variation éventuelle devait être objective, se situer dans une fourchette prédéfinie et ne pas être déterminante ou substantielle.

77. Il a donc été suggéré de publier tous les coefficients de pondération lors de la première étape et, s'il était nécessaire d'opérer un choix entre ces coefficients, de le faire lors de la deuxième étape. Une autre proposition qui a été faite était d'obliger l'entité adjudicatrice à indiquer dans le dossier de sollicitation initial les coefficients de pondération fixes et ceux pouvant être modifiés, étant entendu que ces modifications ne devraient pas être déterminantes.

78. On a fait observer que, pour assurer la souplesse voulue tout en respectant les exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption, il n'était pas obligatoire de fixer un coefficient de pondération commun à tous les acheteurs mais qu'un ensemble ou une fourchette de coefficients pouvaient être établis (par exemple sous forme de tableau). Une telle solution, a-t-on ajouté, faciliterait une bonne planification des achats et permettrait d'éviter que certaines entités adjudicatrices puissent attendre la deuxième étape pour définir leurs besoins. Par contre, on a signalé que l'on pouvait avoir recours abusivement à une fourchette de coefficients de pondération pour choisir à l'avance un fournisseur privilégié.

79. On a rappelé que les directives de l'Union européenne relatives au mécanisme équivalant à l'accord-cadre du type 2 limitaient la possibilité donnée à l'entité adjudicatrice de modifier les critères de sélection lors de la deuxième étape en disposant que la décision d'attribuer le marché au cours de cette étape devait être prise sur la base des critères d'attribution énoncés dans les spécifications de l'accord-cadre, formulés en des termes plus précis si nécessaire, et qu'aucune modification déterminante des spécifications n'était permise. On a fait observer que cette disposition permettrait néanmoins de spécifier une fourchette de coefficients de pondération.

80. On a souligné que l'objectivité était essentielle et qu'il fallait promouvoir la souplesse, étant entendu que des critères objectifs prédéfinis devaient être publiés afin de prévenir toute forme de manipulation. On a souligné que la Loi type ne devait pas être rédigée de telle sorte qu'elle puisse être invoquée pour justifier la manipulation.

81. Il a été proposé d'adopter une approche prudente dans la Loi type proprement dite en disposant que tous les coefficients de pondération seraient fixés à l'avance et d'indiquer dans le Guide que les États adoptants pourraient autoriser une plus grande souplesse dans leur propre législation mais que, dans ce cas, ils devraient tenir compte des mesures de protection énoncées plus haut.

82. À l'issue d'un débat, il a été convenu de modifier l'alinéa k) afin de préciser qu'au cours de la deuxième étape les coefficients de pondération pouvaient être modifiés dans une fourchette prédéfinie dans le dossier de sollicitation, à condition que cette modification n'entraîne pas de modification déterminante des spécifications et des critères d'évaluation d'ensemble et que les exigences de qualité

minimales ne puissent être modifiées. Le reste du texte sera également modifié en conséquence si nécessaire. Il faudrait aussi donner dans le Guide des exemples des risques que cette solution peut comporter et y indiquer que la souplesse devrait être l'exception plutôt que la règle.

83. En ce qui concerne l'alinéa l), il a été convenu d'en traiter le contenu à l'alinéa j) et dans les dispositions régissant les enchères électroniques inversées et de supprimer l'alinéa l) en question.

Informations supplémentaires à fournir lorsque la participation à une passation de marchés reposant sur des accords-cadres ouverts est sollicitée pour la première fois: Article [51 decies]

84. Le Groupe de travail est convenu d'examiner la proposition de texte ci-après:

“Article [51 *decies*]. Informations supplémentaires à fournir lorsque la participation à une passation de marchés reposant sur des accords-cadres ouverts est sollicitée pour la première fois

Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à une procédure de passation reposant sur des accords-cadres ouverts, l'entité adjudicatrice fournit, outre les informations énoncées à l'article précédent, les éléments ci-après:

a) Toutes les informations nécessaires concernant l'équipement électronique utilisé et les arrangements techniques de connexion;

b) L'adresse [du site Web ou autre adresse électronique] à laquelle les spécifications, les conditions du marché, les avis de marchés à venir et d'autres renseignements nécessaires concernant le fonctionnement de l'accord-cadre peuvent être consultés;

c) Une mention précisant que les fournisseurs ou entrepreneurs peuvent présenter des soumissions en vue d'être admis à l'accord-cadre à tout moment au cours de la durée de celui-ci, sous réserve du nombre maximal de fournisseurs ou d'entrepreneurs, le cas échéant.”

85. Il a été convenu que, les accords-cadres du type 3 n'étant plus tenus de fonctionner électroniquement, les alinéas a) et b) étaient devenus inutiles mais que l'article 51 *novies* devrait être modifié pour exiger la communication de toutes les informations nécessaires à l'utilisation d'accords-cadres électroniques dans le dossier de sollicitation et que des explications appropriées devraient être données sur ce point dans le Guide.

86. À propos de l'alinéa c), il a été demandé si le nombre maximal de fournisseurs devant être parties à un accord-cadre du type 3 devrait être limité. On est convenu qu'une telle limite devrait être indiquée dans le dossier de sollicitation. Le Groupe de travail est convenu d'examiner la question dans le contexte de l'article 51 *duodecies*, qui régissait le fonctionnement de ce type d'accords-cadres.

87. Il a été convenu d'incorporer les autres prescriptions de l'article 51 *decies* dans l'article 51 *novies*.

*Première étape d'une passation de marchés reposant sur des accords-cadres:
Article [51 undecies]*

88. Le Groupe de travail est convenu d'examiner la proposition de texte ci-après:

“Article [51 *undecies*]. Première étape d'une passation de marchés reposant sur des accords-cadres

1) La première étape d'une passation de marchés reposant sur des accords-cadres fermés se déroule conformément aux dispositions de l'une des [préciser les méthodes pertinentes] de la présente Loi.

2) La première étape d'une passation de marchés reposant sur des accords-cadres ouverts se déroule conformément aux dispositions du chapitre III de la présente Loi.

3) L'entité adjudicatrice sélectionne le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec le(s)quel(s) elle va conclure l'accord-cadre en se fondant sur les critères de sélection spécifiés et avise promptement le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) retenus de leur sélection et, le cas échéant, de leur classement.

4) [L'accord-cadre, soumis aux conditions de la (ou des) soumission(s) sélectionnée(s), entre en vigueur de la manière spécifiée conformément aux prescriptions de l'article [...] ci-dessus].

5) L'entité adjudicatrice publie promptement un avis d'attribution de l'accord-cadre selon les modalités spécifiées pour la publication des avis d'attribution de marché conformément à l'article 14 de la présente Loi. [L'avis désigne le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) sélectionné(s) pour être partie(s) à l'accord-cadre.]”

89. En ce qui concerne le paragraphe 1, il a été convenu que, l'entité adjudicatrice pouvant recourir à toute méthode de passation appropriée pour la première étape d'un accord-cadre fermé, le texte entre crochets serait remplacé par une référence à la méthode retenue conformément à l'article 51 *octies*.

90. Il a été demandé si le paragraphe 2 devrait se limiter aux méthodes de passation ouvertes visées au chapitre III (et au chapitre IV pour les services). On a proposé que les exigences en matière de publication, mais non les autres éléments des méthodes de passation ouvertes, s'appliquent à toute la première étape des accords-cadres. Il a été fait observer en réponse que cette solution risquait de ne pas être conforme aux méthodes de passation prévues dans la Loi type. Il a donc été convenu de faire référence à la méthode de passation choisie en vertu de l'article 51 *octies*, tout en précisant que cette méthode devrait être ouverte et faire appel à la concurrence. Il a été convenu aussi que le Groupe de travail reviendrait sur les détails des procédures à suivre à une session ultérieure.

91. À propos du paragraphe 3, on a fait remarquer que l'emploi du terme “classement” risquait de prêter à confusion et que la rédaction de ce paragraphe serait revue.

92. Selon un avis, les paragraphes 1, 2, 4 et 5 pourraient figurer dans le Guide plutôt que dans l'article. Selon un autre point de vue, ils devaient être conservés dans le texte même de l'article.

93. Il a ensuite été convenu que le paragraphe 4 devrait être supprimé car inutile, puisque l'accord-cadre ne constituait pas un marché. Il a été convenu de supprimer un passage analogue également à l'alinéa h) de l'article 51 *novies*.

94. Pour ce qui est du paragraphe 5, il a été convenu de supprimer les crochets et d'obliger à rendre publique l'identité des parties. Le Groupe de travail est convenu aussi de revenir sur les informations à publier conformément à l'article 14 à une prochaine session et d'examiner si les prescriptions de ce dernier devraient également s'appliquer à l'accord-cadre bien que celui-ci ne constitue pas un marché au sens de la Loi type.

95. Il a été convenu que les paragraphes 1, 2, 3 et 5 seraient conservés, tels qu'ils ont été modifiés, et que le Groupe de travail examinerait les dispositions ainsi révisées à une session future.

Dispositions supplémentaires concernant la première étape d'une passation de marchés reposant sur des accords-cadres ouverts: Article [51 duodecies]

96. Le Groupe de travail a examiné la proposition de texte ci-après:

“Article [51 *duodecies*]. Dispositions supplémentaires concernant la première étape d'une passation de marchés reposant sur des accords-cadres ouverts

1) L'entité adjudicatrice garantit, pendant toute la durée de l'accord-cadre ouvert, l'accès libre, direct et complet aux spécifications et aux conditions de l'accord-cadre ainsi qu'à tout autre renseignement nécessaire en rapport avec son fonctionnement.

2) Les fournisseurs et entrepreneurs peuvent [devenir parties à l'accord-cadre ouvert] à tout moment pendant la durée de celui-ci. [Les demandes pour devenir parties] contiennent toutes les informations fournies par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle a sollicité pour la première fois la participation à la passation de marchés.

3) L'entité adjudicatrice évalue toutes les soumissions pour devenir parties à l'accord-cadre reçues pendant la durée de celui-ci [dans un délai maximal de [...] jours] conformément aux critères de sélection énoncés lorsqu'elle a sollicité pour la première fois la participation à l'accord-cadre.

4) Sous réserve d'un nombre maximal de fournisseurs ou d'entrepreneurs pouvant être parties à l'accord-cadre ouvert, ainsi que des critères et de la procédure de sélection de ce nombre, spécifiés dans chaque cas lorsque la participation à la passation de marchés reposant sur l'accord-cadre est sollicitée pour la première fois, l'accord-cadre est conclu avec tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui satisfont aux critères de sélection et dont les soumissions sont conformes aux spécifications et à toute autre exigence supplémentaire en rapport avec l'accord-cadre.

5) L'entité adjudicatrice notifie promptement aux fournisseurs ou entrepreneurs leur admission en tant que parties à l'accord-cadre ou le rejet de leur soumission.

6) Les fournisseurs ou entrepreneurs admis à l'accord-cadre peuvent améliorer leurs soumissions à tout moment pendant la durée de l'accord-cadre, à condition que celles-ci demeurent conformes aux spécifications du marché.”

97. En ce qui concerne le paragraphe 4, on s'est demandé si un accord-cadre ouvert prévoyant un nombre maximal de fournisseurs ne serait pas en fait un accord-cadre fermé, dès lors surtout que ce nombre était atteint à l'étape initiale des offres. Il a donc été dit qu'aucun nombre maximal ne devrait être fixé, de manière également à encourager autant de fournisseurs que possible à participer. Il a été fait observer en réponse que les accords-cadres du type 3 fonctionnaient normalement à l'aide de systèmes électroniques dotés de capacités limitées, lesquelles devaient faire l'objet d'une publicité. Celle-ci était importante pour des raisons de transparence ainsi que pour éviter que les fournisseurs n'engagent des dépenses considérables afin de préparer des soumissions qui ne pouvaient être acceptées.

98. Il a été convenu que, en cas de communication préalable de critères transparents et objectifs (comme l'article 51 *novies* d) le prévoyait) fondés sur la notion de contraintes techniques ou autres contraintes raisonnables de fonctionnement, une limitation du nombre de fournisseurs serait acceptable, pour autant qu'elle soit appréciée au cas par cas. En tout état de cause, le Guide pour l'incorporation devrait expliquer qu'il importait de ne pas créer de fait un accord-cadre fermé. Il a été proposé de réviser les dispositions dans ce sens, en confirmant qu'aucun nombre maximal n'était exigé mais que, si le nombre de fournisseurs était limité pour des raisons techniques, ceux-ci devraient en être préalablement informés.

99. Il a été fait observer en réponse que cette solution aboutirait à deux types d'accords-cadres ouverts – ceux qui seraient véritablement ouverts et ceux qui ne le seraient qu'à moitié – et soulèverait de sérieuses difficultés de rédaction.

100. On a fait remarquer que l'entité adjudicatrice devrait aussi se voir donner la possibilité de réduire le nombre maximal de fournisseurs pendant la durée de l'accord-cadre si elle jugeait cette réduction nécessaire et que cette question devrait être abordée dans le Guide. Il a été confirmé que les critères pour limiter le nombre même ne s'en trouveraient pas modifiés mais que les exigences détaillées servant de base aux critères pourraient évoluer. Il a été estimé que, durant la première étape, les exigences ne devraient pas changer et que, par conséquent, il ne devrait pas être nécessaire de réduire le nombre.

101. Après discussion, il a été convenu que le libellé actuel pouvait être considéré comme encourageant la fixation d'un nombre maximal et qu'il faudrait donc reformuler les dispositions de manière à y indiquer que, s'agissant des seuls accords-cadres ouverts, si leur capacité était limitée pour des raisons techniques ou d'une autre nature, ces limites devraient être indiquées dans le dossier de sollicitation. La référence au nombre maximal serait supprimée du paragraphe 4, et on modifierait l'article 51 *novies* de sorte à exiger que tout élément limitant la capacité du système ouvert soit mentionné dans le dossier de sollicitation, en s'inspirant de dispositions analogues figurant dans l'article 51 *bis* sur les enchères électroniques inversées. Les explications correspondantes seraient également insérées dans le Guide.

102. S'agissant du paragraphe 6, il a été convenu que les fournisseurs pourraient modifier tout élément de leur soumission pendant la durée de l'accord-cadre. Il a toutefois été demandé si une amélioration apporterait une valeur ajoutée lors de la mise en concurrence intervenant pendant la deuxième étape, quel serait l'impact d'une telle amélioration sur le classement ou sur une condition équivalente, et ce

qu'il adviendrait en cas de limitation du nombre de fournisseurs dans l'accord-cadre. On a aussi fait observer que toute modification subséquente du classement devrait être notifiée aux participants. Il a été convenu que le Groupe de travail examinerait à une prochaine session si le paragraphe 6 devrait être conservé en l'état, si un classement ou concept équivalent devrait être exigé dans les accords-cadres ouverts ou s'il pourrait être autorisé, au besoin, sans être imposé.

103. Il a été proposé que le Guide pour l'incorporation encourage les entités adjudicatrices à évaluer périodiquement si les prix et les conditions des offres restent actuels. Le Groupe de travail est convenu aussi d'examiner à une prochaine session si les fournisseurs devraient être autorisés à sortir d'un accord-cadre ou contraints de continuer à y participer.

104. Il a été convenu que le texte du paragraphe 6 devrait être modifié de façon à prévoir que l'offre devrait demeurer conforme aux "conditions de l'accord-cadre" et non aux "spécifications du marché".

105. Il a été demandé si le paragraphe 6 était nécessaire étant donné que les accords-cadres du type 2 et 3 prévoyaient une mise en concurrence lors de la deuxième étape de la passation. Il a été expliqué que ce paragraphe était inspiré d'une disposition similaire des directives européennes, qui avait pour but de permettre l'amélioration des conditions d'une offre, y compris du prix, pendant la durée de l'accord-cadre. Un fournisseur pourrait, par exemple, augmenter les quantités proposées dans son offre afin d'être en mesure d'honorer et d'être invité à entrer en concurrence pour obtenir un plus grand nombre de commandes.

106. Il a aussi été demandé s'il conviendrait de remplacer le verbe "améliorer" par "modifier" puisqu'il se pouvait que les fournisseurs souhaitent augmenter leur prix ou modifier leurs soumissions d'une autre manière en proposant des conditions moins favorables. Il a été estimé que les fournisseurs ne devraient pas être autorisés à agir ainsi, sans quoi la sécurité de l'approvisionnement ne pourrait être assurée, ce qui irait à l'encontre de l'un des principaux objectifs d'un accord-cadre. Selon un autre point de vue, cet objectif serait préservé si l'entité adjudicatrice était tenue d'accepter toute augmentation de ce type.

107. On a aussi dit craindre que le fait d'autoriser les fournisseurs à améliorer leurs soumissions sans l'accord de l'entité adjudicatrice n'entraîne une modification de l'accord-cadre lui-même. Il a été répondu que l'obligation, pour les fournisseurs, de continuer à se conformer aux spécifications empêcherait tout changement de ce type.

108. Il a été ajouté qu'il appartenait à l'entité adjudicatrice de décider si une soumission révisée représentait une véritable amélioration et si elle souhaitait cette supposée amélioration. L'entité adjudicatrice serait aussi tenue de déterminer si l'offre améliorée serait conforme aux conditions de l'accord-cadre.

109. Il a été convenu que ces questions, y compris le fait que l'entité adjudicatrice conservait la possibilité de refuser toute amélioration, devraient être abordées dans le Guide pour l'incorporation mais que le texte du paragraphe 6 ne ferait pas l'objet de modifications supplémentaires à cet égard pour l'instant.

Deuxième étape d'une passation de marchés reposant sur des accords-cadres fermés sans mise en concurrence au cours de cette étape

110. Le Groupe de travail a examiné le projet de texte suivant:

“Article [51 *terdecies*]. Deuxième étape d'une passation de marchés reposant sur des accords-cadres fermés sans mise en concurrence au cours de cette étape

1. L'entité adjudicatrice peut attribuer un ou plusieurs marchés au titre de l'accord-cadre conformément aux conditions de ce dernier et aux dispositions du présent article.

2. Aucun marché au titre de l'accord-cadre ne peut être attribué à des fournisseurs ou des entrepreneurs qui n'étaient pas initialement parties à l'accord-cadre.

3. Les conditions d'un marché attribué au titre de l'accord-cadre ne peuvent modifier ou changer de manière substantielle aucune condition de l'accord-cadre.

4. Si l'accord-cadre est conclu avec un fournisseur ou entrepreneur, l'entité adjudicatrice attribue tout marché sur la base des conditions de l'accord-cadre au fournisseur ou à l'entrepreneur partie à cet accord en lui passant une commande [par écrit].

5. Si l'accord-cadre est conclu avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, l'entité adjudicatrice attribue tout marché sur la base des conditions de l'accord-cadre en passant une commande [par écrit] au(x) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) le(s) mieux classé(s) [disposant à ce moment des ressources nécessaires pour] [en mesure d'] honorer le marché. L'entité adjudicatrice avise par écrit tous les autres fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre du nom et de l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) à qui la commande a été passée.”

111. Il a été convenu de remplacer le texte du paragraphe 1 par le texte suivant: “Tout marché est passé conformément aux conditions de l'accord-cadre et aux dispositions du présent article”.

112. En ce qui concerne le paragraphe 2, il a été convenu de remplacer les mots “ne peut être” par “n'est” et, dans le texte anglais, de remplacer “party” par “parties”.

113. En ce qui concerne le paragraphe 3, il a été convenu de remplacer le membre de phrase “modifier ou changer” par une mention au fait de “s'écarter des” conditions de l'accord-cadre, et que le texte devrait ensuite être aligné sur le texte similaire figurant dans l'article 34-4-2 b). Il a également été convenu que le Guide devrait expliquer que cette disposition (qui autorise des modifications non substantielles), ne devait pas être interprétée comme une incitation à modifier l'accord-cadre.

114. En ce qui concerne le paragraphe 4, il a été convenu que la commande devrait être passée par écrit (et donc que les crochets figurant dans le texte devraient être supprimés), et que, dans le texte anglais, la portée du terme “purchase order” devrait être élargie afin de pouvoir désigner d'autres types de documents délivrés pour passer un marché.

115. En ce qui concerne le paragraphe 5, il a été proposé de remplacer, à la fin de la première phrase, les mots “le marché” par “l’accord-cadre”. On a également dit qu’il faudrait indiquer de façon détaillée dans le Guide comment le fournisseur serait choisi (sur la base du meilleur rapport qualité-prix, par roulement ou en fonction d’autres critères). En ce qui concerne la dernière phrase, il a été proposé de préciser que l’entité adjudicatrice devait aviser “promptement” les autres parties et leur communiquer les données essentielles concernant le marché telles que le prix. Le Groupe de travail est convenu de modifier le texte en conséquence.

116. Il a été convenu d’apporter aux articles 51 *quaterdecies* et suivants des modifications équivalentes à celles apportées aux paragraphes 1, 3 et 5.

Deuxième étape d’une passation de marchés reposant sur des accords-cadres fermés avec mise en concurrence au cours de cette étape

117. Le Groupe de travail a examiné les projets de dispositions ci-après:

“Article [51 *quaterdecies*]. Deuxième étape d’une passation de marchés reposant sur des accords-cadres fermés avec mise en concurrence au cours de cette étape.

1. L’entité adjudicatrice peut attribuer un ou plusieurs marchés au titre de l’accord-cadre conformément aux conditions de ce dernier, sous réserve des dispositions du présent article.

2. Aucun marché au titre de l’accord-cadre ne peut être attribué à des fournisseurs ou des entrepreneurs qui n’étaient pas initialement parties à l’accord-cadre.

3. Les conditions d’un marché attribué au titre de l’accord-cadre ne peuvent modifier ou changer de manière substantielle aucune condition de l’accord-cadre.

4. L’entité adjudicatrice attribue tout marché, sur la base des conditions de l’accord-cadre, et conformément aux procédures suivantes:

a) L’entité adjudicatrice invite par écrit tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l’accord-cadre, ou, le cas échéant, les parties [disposant à ce moment des ressources nécessaires pour] [en mesure d’] honorer le marché à présenter leurs soumissions pour la fourniture des articles à acquérir;

b) L’invitation rappelle les conditions de l’accord-cadre et, à moins qu’elles ne soient déjà spécifiées dans ce dernier, énonce les conditions du marché qui n’ont pas été spécifiées dans celles de l’accord-cadre et donne des instructions pour la préparation des soumissions;

c) L’entité adjudicatrice fixe le lieu de présentation des soumissions, ainsi qu’une date et une heure précises qui constituent le délai de présentation. Ce délai laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et présenter leurs soumissions;

d) La soumission à retenir est déterminée conformément aux critères énoncés dans l’accord-cadre;

e) Lorsqu'une enchère électronique inversée est organisée, l'entité adjudicatrice se conforme pendant l'enchère aux règles énoncées à l'article [renvois aux dispositions pertinentes]; et

f) Sans préjudice des dispositions de l'article [renvoi adéquat aux dispositions sur l'attribution des marchés par enchère électronique inversée] et sous réserve des articles [12, 12 *bis* et autres références appropriées] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice accepte la (les) soumission(s) à retenir et en avise promptement par écrit le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) ayant remporté le marché. Elle notifie également par écrit à tous les autres fournisseurs et entrepreneurs parties à l'accord-cadre le nom et l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) dont la (les) soumission(s) a (ou ont) été acceptée(s) et le prix du marché."

118. Il a été dit qu'il conviendrait de remplacer le mot "soumission" dans le paragraphe 4 par le mot "offre", mais on a aussi fait observer d'une manière générale que le mot "offre" pouvait être interprété à tort comme faisant référence à une procédure d'appel d'offres, ce qui serait inexact et trompeur puisqu'un accord-cadre peut également être utilisé pour passer un marché de services. En outre, on a déclaré que des termes différents tels que "offre" ou "proposition" devraient être utilisés pour distinguer les soumissions faites au cours de la première étape d'un accord-cadre de celles faites au cours de la deuxième étape. Il a également été proposé d'utiliser le terme "soumissions de la deuxième étape". Il a été convenu que des termes génériques appropriés devraient être trouvés.

119. À propos du paragraphe 4 a), il a été noté que les mots "les parties" risquaient d'être ambigus et de laisser entendre que l'accord-cadre pourrait devenir un accord ouvert. Il a été convenu de modifier les mots en question pour lever toute ambiguïté. Il a aussi été convenu de remplacer les variantes entre crochets par un texte indiquant que l'entité adjudicatrice devrait inviter toutes les parties qui répondaient à ses besoins au moment de la mise en concurrence intervenant lors de la deuxième étape et de fournir de plus amples détails sur la question dans le Guide.

120. En ce qui concerne le paragraphe 4 b), il a été convenu de remplacer les mots "à moins qu'elles ne soient déjà spécifiées" par "dans la mesure où elles n'ont pas déjà été notifiées".

121. Pour ce qui est du paragraphe 4 d), il a été convenu que les mots "conformément aux critères énoncés dans l'accord-cadre" seraient remplacés par "suivant les conditions de l'accord-cadre et toute autre information contenue dans l'invitation à participer à la deuxième étape conformément à l'alinéa b)". Une autre proposition, consistant à mentionner le "coefficient de pondération" à la fin de l'alinéa actuel, a été examinée mais n'a pas été adoptée. Il a été convenu d'expliquer dans le Guide que, pour des raisons de transparence, l'accord-cadre, de même que l'invitation, indiqueraient l'ensemble des spécifications, critères, coefficients de pondération et conditions.

122. Il a été convenu de supprimer le paragraphe 4 e) conformément à la décision prise par le Groupe de travail de supprimer toute référence à la passation électronique de l'article 22 *ter* et des articles 51 *bis* et suivants.

123. S'agissant du paragraphe 4 f), il a été noté que la notification envisagée s'ajouterait à la publication de l'avis d'attribution de marché exigée à l'article 14 et

à la notification au fournisseur ayant remporté le marché. Il a été fait observer que le Guide devrait examiner la nécessité, après ladite attribution, d'informer les parties à l'accord-cadre qui n'avaient pas obtenu de marché de manière effective et efficace, par exemple en adressant une notification à chacune d'elles dans les systèmes électroniques ou systèmes de taille limitée et par voie de publication dans les autres.

124. Il a été estimé que le souci d'assurer une participation continue et effective à un accord-cadre était une question importante, qui ne pouvait être traitée de manière appropriée dans le texte mais qui devrait être étudiée dans le Guide.

125. On a par ailleurs souligné qu'il était impératif d'assurer, durant la deuxième étape, une concurrence effective et suffisante. À cette fin, a-t-on déclaré, certains systèmes exigeaient l'envoi d'un nombre minimum d'invitations (auxquelles devaient répondre un nombre minimum de participants) avant que ne puisse se dérouler la deuxième étape. On a fait observer d'un autre côté qu'une obligation plus générale d'assurer une réelle concurrence pourrait être énoncée dans l'article, de manière à éviter aussi toute manipulation des exigences numériques. Il a été ajouté que le nombre de participants propre à assurer une concurrence effective dépendrait de la nature du marché.

126. Selon un avis, l'obligation d'inviter à la deuxième étape tous les fournisseurs ou tous les fournisseurs en mesure d'honorer le marché, selon le cas, serait suffisante pour garantir une véritable concurrence (et il a été noté que la question de savoir si l'entité adjudicatrice s'était acquittée ou non de cette obligation serait susceptible de recours). Il a également été convenu que l'entité adjudicatrice devrait avoir la possibilité d'annuler la passation en cas de concurrence insuffisante (ce qui valait aussi pour les enchères électroniques inversées). Il a donc été convenu qu'aucune disposition supplémentaire n'était nécessaire dans le texte mais que le Guide devrait traiter en détail la question de la concurrence effective. Il a aussi été convenu que la partie du Guide consacrée à l'article 51 *octies* devrait renvoyer à l'obligation générale d'assurer une véritable concurrence lors de la première étape, lorsque cette dernière se déroulait conformément à des méthodes autres que les méthodes principales prévues par la Loi type.

Deuxième étape d'une passation de marchés reposant sur des accords-cadres ouverts avec mise en concurrence lors de cette étape

127. Le Groupe de travail a examiné la proposition de texte ci-après:

“Article [51 *quindecies*]. Deuxième étape d'une passation de marchés reposant sur des accords-cadres ouverts

1. L'entité adjudicatrice peut attribuer un ou plusieurs marchés au titre de l'accord-cadre conformément aux conditions de ce dernier et aux dispositions du présent article.
2. L'entité adjudicatrice publie un avis indiquant qu'elle a l'intention d'attribuer un marché conformément aux conditions de l'accord-cadre à l'adresse [du site Web ou autre adresse électronique] prévue à [l'article 51 *decies* b) ci-dessus].
3. Chaque marché potentiel fait l'objet d'une invitation à soumettre une offre. L'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs

parties à l'accord-cadre à présenter une offre en vue de la fourniture des articles à acquérir pour chacun des marchés qu'elle propose d'attribuer. L'invitation:

a) Rappelle, [ou fournit si nécessaire en les précisant, les renseignements visés à l'article [renvoi] de la présente Loi] [ou rappelle les spécifications et les exigences relatives à la livraison des articles à acquérir, et si nécessaire donne aux fournisseurs ou entrepreneurs des informations plus détaillées à ce sujet que celles fournies lorsque leur participation a été sollicitée pour la première fois];

b) Rappelle ou énonce les conditions du marché;

c) Rappelle la procédure d'attribution d'un marché découlant de l'invitation à présenter une offre; et

d) Inclut des instructions pour la préparation des offres.

4. L'entité adjudicatrice fixe une date et une heure précises comme délai de soumission des offres. Ce délai laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs offres.

5. L'entité adjudicatrice évalue toutes les offres reçues et détermine l'offre à retenir conformément aux critères d'évaluation énoncés dans l'invitation à soumettre des offres en vertu du paragraphe 3 a) du présent article.

6. Sous réserve des articles [12, 12 *bis* et autres références appropriées] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice accepte l'offre (ou les offres) à retenir et avise promptement le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) ayant remporté le marché qu'elle a accepté leur(s) offre(s). Elle notifie également à tous les autres fournisseurs et entrepreneurs ayant soumis des offres le nom et l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) dont l'offre (ou les offres) a (ont) été acceptée(s) et le prix du marché.”

128. En ce qui concerne le paragraphe 2, on a demandé si l'avis envisagé dans la disposition actuelle satisferait aux exigences de transparence et s'il serait efficace sans fixer de délai qui devrait expirer avant que l'entité adjudicatrice puisse entamer la deuxième étape. Il a été fait observer que des dispositions prévues à cet effet dans les directives de l'Union européenne avaient été considérées par certains commentateurs comme décourageant l'utilisation d'un système analogue.

129. Après un échange de vues, il a été convenu que cette disposition, dont l'objet était de favoriser l'accès de nouveaux entrants à l'accord-cadre pendant sa durée, devrait être transférée à l'article 51 *duodecies*. Il a également été convenu de modifier le texte pour faire en sorte que, lorsque l'accord-cadre était sur support papier, l'avis initial invitant à participer à cet accord devrait être republié périodiquement dans la revue dans laquelle il avait été publié pour la première fois. Dans les systèmes électroniques, cet avis serait accessible en permanence sur le site Web pertinent, de sorte qu'aucune nouvelle publication ne serait nécessaire.

130. Il a été convenu que les dispositions relatives à la deuxième étape des accords-cadres du “type 2” et du “type 3” devraient être conformes, car ces deux types d'accords pouvaient désormais être réalisés par voie électronique ou sur support papier. Ainsi, les procédures s'appliquant à la deuxième étape des accords-cadres du type 2 à l'article 51 *quaterdecies*, compte tenu des délibérations du Groupe de

travail ci-dessus, seraient reprises pour les accords-cadres du type 3 à l'article 51 *quindecies*, à cela près que le paragraphe 2 de l'article 51 *quaterdecies* ne s'appliquerait pas à ce type d'accords.

Attribution du marché au titre d'un accord-cadre

131. Le Groupe de travail a examiné les dispositions proposées ci-après:

“Article [51 *sedecies*]. Attribution du marché au titre d'un accord-cadre

1. Le marché, soumis aux conditions de l'accord-cadre, entre en vigueur lorsqu'une commande, conformément aux [articles ...], ou l'avis d'acceptation adressé au(x) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) ayant remporté le marché, conformément aux [articles ...], est émis et envoyé au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

2. Lorsque le prix à payer conformément à un marché conclu en vertu des dispositions de la présente section dépasse [l'État adoptant indique un montant minimum [ou] le montant figurant dans les règlements en matière de passation des marchés], l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du (des) marché(s) suivant les modalités qui ont été spécifiées pour la publication des avis d'attribution de marché conformément à l'article 14 de la présente Loi. L'entité adjudicatrice publie également, suivant les mêmes modalités, des avis [trimestriels] de tous les marchés attribués au titre d'un accord-cadre.”

132. S'agissant du paragraphe 1, on a fait observer que dans certains systèmes l'accord-cadre pourrait prévoir que les commandes dépassant un certain volume ne devraient pas nécessairement être acceptées par le fournisseur. Il a été ajouté qu'il pourrait y avoir d'autres circonstances dans lesquelles le fournisseur devrait être autorisé à ne pas accepter une commande et l'on a donc estimé que la solution prévue à l'actuel article 13 serait une meilleure solution.

133. Il a été répondu que la commande se fonderait sur l'acceptation de l'offre du fournisseur, qu'elle ne pourrait dépasser cette offre, et l'on s'est donc demandé si ce problème pourrait se poser dans la pratique. On a fait observer qu'une mise en concurrence lors de la deuxième étape signifierait en tout état de cause que les fournisseurs auraient soumis une offre pour le montant concerné et que, de ce fait, le problème ne se poserait pas pour les accords-cadres des types 2 et 3. En revanche, s'agissant des accords-cadres du type 1, une commande pourrait dépasser la capacité du fournisseur et il a été convenu qu'il faudrait prévoir une disposition pour tenir compte de ce risque. Il a donc été décidé d'ajouter les mots suivants à la fin du paragraphe 2 “ou suivant toute autre modalité énoncée dans l'accord-cadre”.

**B. Questions liées à l'utilisation de listes de fournisseurs
(A/CN.9/WG.I/WP.45 et A/CN.9/WG.I/WP.45/Add.1)**

134. S'agissant des préoccupations exprimées au sujet de l'utilisation de listes de fournisseurs, que le Groupe de travail avait examinées (A/CN.9/568, par. 59), il avait été estimé, a-t-on rappelé, que les inconvénients associés à ces listes étaient tels qu'ils risquaient de l'emporter sur tout avantage éventuel. On a fait par ailleurs observer que les dispositions souples proposées par le Groupe de travail pour les

accords-cadres apporteraient les avantages que des listes de fournisseurs pourraient produire.

135. On a fait remarquer qu'un bon usage des listes de fournisseurs, par exemple en veillant à ce qu'elles soient publiques et accessibles, ne conduirait pas inévitablement à un usage abusif. Il a été proposé que la Loi type aborde la question pour faire en sorte d'empêcher tout usage inapproprié et veiller à ce que ces listes ne fassent pas l'objet d'un usage abusif. En revanche, on a estimé que la Loi type ne devrait en aucun cas prévoir l'utilisation de listes de fournisseurs, en raison des préoccupations suscitées à cet égard et compte tenu de la meilleure solution qu'offraient les accords-cadres. Le Guide pour l'incorporation pourrait expliquer ce point de vue. En outre, il a été dit que toute disposition portant sur l'utilisation de listes de fournisseurs serait excessivement longue et complexe.

136. Il a été convenu, pour les raisons ci-dessus, que la Loi type ne devrait pas comporter de dispositions concernant les listes de fournisseurs, mais que les questions devraient être abordées dans le Guide pour l'incorporation, qui devrait traiter en outre de l'interaction avec les accords-cadres du type 3. La discussion s'inspirerait donc des documents A/CN.9/568, paragraphes 55 à 68 et A/CN.9/WG.I/WP.45/Add.1, paragraphes 10 à 17, complétés au besoin par des détails supplémentaires. En résumé, il a été convenu qu'elle porterait sur les points suivants: description des listes de fournisseurs; leurs avantages présumés, les préoccupations observées quant à leur utilisation, et les garanties et les contrôles à exercer dans toute compilation d'une liste de fournisseurs qui pourrait être faite avant une passation de marché faisant appel à l'une des méthodes de passation de la Loi type. Il a été ajouté que le Guide devrait souligner que l'utilisation d'une liste de fournisseurs ne remplacerait aucune étape de la procédure de passation en vertu de la Loi type, et qu'aucune liste ne devrait fonctionner comme une liste impérative. On a indiqué qu'exiger l'inscription sur une liste comme condition préalable de la participation à une passation de marché serait en contradiction avec les dispositions de l'article 6 de la Loi type actuelle. Ces dispositions interdisaient l'imposition de tous critères, obligations ou procédures pour participer à une passation de marché autres que ceux qui sont indiqués à l'article 6 lui-même (qui ne comporte pas l'inscription sur une liste).

C. Propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.58)

137. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.58, le Groupe de travail a examiné le projet de texte du Guide pour l'incorporation traitant de la publication d'informations relatives à la passation des marchés, les dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés (y compris la soumission électronique et l'ouverture des offres) et les dispositions sur les offres anormalement basses. Il a fait des suggestions rédactionnelles sur ces textes.

D. Propositions de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.59)

138. En ce qui concerne le document A/CN.9/WG.I/WP.59, le Groupe de travail a examiné le projet de texte du Guide pour l'incorporation sur les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, et le texte révisé de la Loi type pour les procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère de la passation de marché par l'utilisation d'enchères électroniques inversées. Il a fait des propositions rédactionnelles concernant ces textes.

Annexe

Calendrier et ordre du jour provisoires des quatorzième et quinzième sessions du Groupe de travail arrêtés à sa treizième session

<i>Session</i>	<i>Jour 1</i>	<i>Jour 2</i>	<i>Jour 3</i>	<i>Jour 4</i>	<i>Jour 5</i>
Quatorzième, automne 2008	Voies de recours	Voies de recours	Voies de recours/ Accords-cadres	Accords-cadres	Conflits d'intérêts/ Services et biens
Quinzième, printemps 2009	Conflits d'intérêts/ Services et biens	Examen général des modifications apportées à la Loi type et des dispositions pertinentes du Guide pour l'incorporation	Examen général des modifications apportées à la Loi type et des dispositions pertinentes du Guide pour l'incorporation	Examen général des modifications apportées à la Loi type et des dispositions pertinentes du Guide pour l'incorporation	Examen général des modifications apportées à la Loi type et des dispositions pertinentes du Guide pour l'incorporation